

Money (That's What I Want). De invloed van de remuneratie van de advocaat op de *actio mandati* en minderheidsvordering

Corporate/Bankruptcy governance

In een aantal eerdere blogposten (zie [hier](#) en [hier](#)) werd reeds kort aangestipt dat de remuneratie van de curator invloed heeft op *bankruptcy governance*, en i.h.b. op het gedrag van de curator m.b.t. het instellen van bestuursaansprakelijkheidsvorderingen. De remuneratie zou moeten werken als een wortel die de belangen van de curator gelijkschakelt met die van zijn principaal, i.e. de gezamenlijke schuldeisers in de boedel. Helaas faalt het huidig Belgisch recht daarin (zie daarover F. DE LEO en D. CARDINAELS, “Het bureau voor rechtsbijstand is geen insolventieverzekeraar, maar wie dan wel? Over het prikkelend karakter van de remuneratie van de curator”, *NjW* 2017, te verschijnen).

In deze post wens ik kort in te gaan op een gelijkaardige situatie tijdens het leven van de onderneming: de invloed van de verloning van de advocaat op *corporate governance*, en i.h.b. op de *actio mandati* en minderheidsvordering (zie hierover de korte paragraaf in A. FRANCOIS, K. BYTTEBIER, K. FASTENAEKELS, T. VAN DE GEHUCHTE en L. VANDENBEMPT, “Omgaan met conflicten in vennootschappen: regeling van geschillen is meer dan geschillenregeling” in K. BYTTEBIER, A. FRANCOIS, E. JANSSENS, T. VAN DE GEHUCHTE (eds.), *Omgaan met conflicten in de vennootschap*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (1) 85). Net zoals de curator de agent is van de gezamenlijke schuldeisers in de boedel als principaal (de *residual risk bearers*), is de advocaat de agent van de vennootschap, en – indien we aannemen dat het doel van het vennootschapsrecht winstmaximalisatie is voor de aandeelhouders – finaal van de gezamenlijke aandeelhouders (eveneens de *residual risk bearers*).

De verloning van de *curator* wordt *niet* bepaald door de schuldeisers als principaal, maar *wel* door het **KB van 10 augustus 1998**. De curator richt daarbij een verzoek tot toekenning van het ereloon (berekend op basis van dat KB) dat vervolgens wordt goedgekeurd (eventueel na aanpassing) door een rechterlijk orgaan. Een soortgelijke situatie treffen we aan bij *advocaten*: het loon van de advocaat wordt door zichzelf, door de overheid (pro Deo) dan wel door een rechterlijk orgaan (rechtsplegingsvergoeding) vastgesteld. Bijgevolg kan de principaal (aandeelhouders/schuldeisers) in beginsel niet in de nodige prikkels voorzien via de remuneratieregelgeving opdat de advocaat/curator als agent in het belang van de principaal zou handelen. Dat lijkt in schril contrast te staan met de normale situatie waarbij de aandeelhouders als principaal de remuneratie van het bestuur als agent vaststellen. Gelet op de economische realiteit dient die stelling voor de remuneratie van de *advocaat* evenwel genuanceerd te worden: gesofisticeerde cliënten met onderhandelingsmacht oefenen wel degelijk een bepaalde controle uit op de remuneratie.

Huidige prikkels van de *aandeelhouders*m.b.t. de *actio mandati* en minderheidsvordering

Wanneer aandeelhouders geconfronteerd worden met onbehoorlijk bestuur, kunnen zij gebruik maken van de *actio mandati* dan wel van de minderheidsvordering. De aandeelhouders hebben echter *niet* steeds de juiste prikkels om de handelingen van het bestuur te onderzoeken en desgevallend voornoemde vorderingen in te stellen.

Vooreerst is de *actio mandati* behept met het *collective action* probleem. Het grote aantal aandeelhouders in een (publieke) vennootschap zorgt ervoor dat de individuele (kleine) aandeelhouders niet geneigd zijn (*i.e.* rationele apathie) om te investeren in *monitoring* (over rationele apathie, zie F. EASTERBROOK en D. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, 66 e.v.). Bijgevolg zijn ze doorgaans *niet* op de hoogte van het onbehoorlijk bestuur. Bovendien hebben individuele (kleine) aandeelhouders, indien ze wel op de hoogte zouden zijn van het onbehoorlijk bestuur, niet automatisch de juiste prikkels om te investeren in het uitoefenen van de *actio mandati*: de kosten overtreffen immers vaak de potentiële baten voor hun aandeel.

De grote aandeelhouders die (i) wel op de hoogte zijn van het onbehoorlijk bestuur en (ii) voor wie een *actio mandati* wel een riant bedrag zou kunnen opbrengen, hebben doorgaans zelf het bestuur aangesteld (of zijn zelf het bestuur). Zij zullen hun bevriende/familiale collegae-bestuurders (of hunzelf) evenmin snel aansprakelijk stellen.

Een alternatief voor de vennootschapsvordering is de *minderheidsvordering*. Ook bij die vordering kampen de aandeelhouders echter met het *collective action* probleem, met de bijbehorende rationele apathie en vrijbuitelij. De *kans* bestaat immers dat de *actieve* aandeelhouders die de minderheidsvordering instellen bij een *niet-succesvolle* vordering de *kosten* moeten dragen. Artikel 567, lid 1 W.Venn. bepaalt zelfs expliciet dat de actieve aandeelhouders veroordeeld kunnen worden tot het betalen van een schadevergoeding aan de bestuurder-verweerder. Daarentegen is het *zeker* dat de eventuele *baten* (na aftrek van de gemaakte kosten) van die vordering aan de vennootschap – en dus aan *alle* aandeelhouders – toekomen. Een vergoeding voor collectieve schade komt immers toe aan de vennootschap en niet aan de individuele schuldeisers (H. BRAECKMANS en J. DUPONT, “De minderheidsvordering: een kritische analyse”, *DAOR* 2014, (4) 5-7).

Ten slotte bemoeilijken de aanwezige transactiekosten, die groter worden naarmate er meer aandeelhouders moeten samenwerken bij het uitoefenen van de *actio mandati* of minderheidsvordering, evenals het vooruitzicht van een lange dure procedure met een onzekere uitkomst, het behalen van de vereiste *quota*.

Huidige prikkels van de *advocaat*m.b.t. de *actio mandati* en minderheidsvordering

De verloning van de advocaat heeft in voornoemde procedures in beginsel geen positieve noch negatieve invloed op het uitoefenen van de *actio mandati* dan wel de minderheidsvordering: de aandeelhouders moeten immers *zelf* doen aan *monitoring* en dienen bij een niet-succesvolle vordering *zelf* de kosten te dragen.

Wanneer de advocaat betaald wordt per uur, onafhankelijk van winst of verlies (inspanningsverbintenis), zal hij in beginsel dure lange procedures verkiezen boven korte goedkopere alternatieven. Het risico op *hindsight bias* bij een rechterlijke beoordeling *ex post* verstevigt de voorkeur om te procederen. De eventuele reputatieschade voor het advocatenkantoor – zij zijn immers *repeat players* – in combinatie met de kracht van de vrije markt (concurrentie) komt evenwel gedeeltelijk tegemoet aan die perverse prikkels. In de praktijk zien we dan ook regelmatig alternatieve vergoedingsafspraken zoals de *no cure, small pay*.

Voornoemde prikkels kunnen echter geheel anders liggen; de Verenigde Staten is daarvan het voorbeeld bij uitstek.

Invloed van *no cure, no pay* op de prikkels van de advocaat

In de Verenigde Staten bestaat het systeem van *no cure, no pay*: de advocaat wordt m.a.w. enkel vergoed indien hij de procedure tot een goed einde brengt (resultaatsverbintenis dan wel kanscontract). Het grote voordeel van een *no cure, no pay* systeem betreft de “nieuwe rol” van de advocaat: de advocaat transformeert in een private toezichthouder met een *monitoring*-functie. De advocaat zal zoals een *bounty hunter* op zoek gaan naar bestuursfouten om aansprakelijkheidsvorderingen te kunnen instellen (denk aan de *ambulance chasers*). Die praktijk komt tegemoet aan het *collective action* probleem en de bijbehorende rationele apathie en vrijbuitelij waar mee aandeelhouders te kampen hebben (W. T. ALLEN en R. KRAAKMAN, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization – Fifth Edition*, New York, Kluwer, 2016, 379 e.v.).

Quis custodiet ipsos custodes? We mogen ervan uitgaan dat aandeelhouders niet plots van gedrag zullen veranderen: aandeelhouders zouden nog steeds *geen* toezicht uitoefenen op hun advocaat als private toezichthouder. De *bad lawyer* die niet zwaar tilt aan deontologische regels zal bijgevolg de perverse prikkels hebben om in zijn eigen belang te handelen, ten nadele van zijn eerbiedenswaardige cliënt, *i.e.* de vennootschap en finaal de aandeelhouders. Barry Strong, The Beatles, The Rolling Stones, e.a. hadden dit principe in de jaren '60 reeds door: hoe veel de advocaat ook van zijn cliënt “houdt” – als goede vriend uiteraard –, *money pays the bills*.

“You’re lovin’ gives me a thrill, but you’re lovin’ don’t pay my bill. Now give me money. That’s what I want.”

Voornoemd opportunistisch gedrag kan gebeuren op twee manieren: (i) het bekomen van een heimelijke schikking (*collusive settlement*) tussen de bestuurder-verweerder en de advocaat van de aandeelhouders en (ii) het instellen van lichtzinnige

rechtszaken (zogenaamde *strike suits*) door de advocaat met als doel een heimelijke schikking te bekomen. Bij een heimelijke schikking wordt ofwel een verdienstelijke zaak te *goedkoop* (i.e. de vennootschap krijgt amper iets) of een lichtzinnige zaak te *duur* (i.e. het betalen van “smeergeld” door de bestuurder-verweerder aan de advocaat om de zaak te laten vallen) geschikt. Voornoemde opties zijn aantrekkelijk voor beide partijen. De *bestuurder-verweerder* riskeert bij een procedure immers een *persoonlijke* veroordeling die eventueel niet (volledig) gedekt is door de – al dan niet aanwezige – aansprakelijkheidsverzekering. De *advocaat* krijgt dan weer relatief meer bij een schikking dan bij een procedure: de waarde van de extra uren die worden geïnvesteerd in een procedure, vermenigvuldigd met de kans om de procedure te verliezen – en niets te krijgen –, wegen doorgaans *niet* op tegen de kosten van die procedure. Het perspectief dat zelfs lichtzinnige procedures geschikt kunnen worden – en dat de advocaat dus betaald zal worden –, levert dan weer perverse prikkels op voor de advocaat om op een lichtzinnige wijze aansprakelijkheidsvorderingen (*striking suits*) in te stellen (R. ROMANO, “The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?”, *J. Law Econ. Org.* 1991, 55; J.C. COFFEE, “Understanding the Plaintiff’s Attorney. The Implications for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions”, *Colum. L. Rev.* 1986, 86; J.C. COFFEE, “The Unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor of Shareholder Litigation”, *Law & Contemp. Probs.* 1985, 48).

Invloed van het veilingmodel op de prikkels van de *advocaat*

De Amerikaanse *Law & Economics literature* is niet blind voor voornoemde problematiek die verbonden is aan het *no cure, no pay* systeem. Auteurs hebben dan ook een aantal voorstellen gelanceerd om die problematiek op te lossen, waarvan het bekendste het veilingmodel is.

Het veilingmodel schakelt het *agency*-probleem uit. De vordering wordt immers verkocht aan de persoon die het meeste biedt (die eveneens de bestuurder-verweerder kan zijn), die vervolgens de vordering voor eigen naam en rekening *mag* uitoefenen. De opbrengst van de veiling min de kosten van de veiling en een *finders fee* – zonder een *finders fee* hebben actoren (zoals advocaten) immers geen prikkels om te ageren als een private toezichthouder – komt rechtstreeks toe aan de vennootschap. Door die verkoop worden de principaal en de agent aldus vereenzelvigd: de persoon die de vordering instelt draagt nu ook het economisch risico. Hij heeft immers voor dat vorderingsrecht betaald.

Zoals vermeld kan de bestuurder-verweerder zijn eigen aansprakelijkheidsvordering opkopen. In dat geval compenseert de bestuurder-verweerder via de verkoopprijs, die de waarde van de vordering zou moeten benaderen, de vennootschap. Voornoemde praktijk kan echter problematisch zijn. Bestuurders-verweerders hebben als *insiders* doorgaans de meeste informatie over de waarde van de vordering. Een koper die een bestuurder-verweerder overbiedt, weet dus doorgaans dat hij te veel heeft betaald...

De correctheid van de verkoopprijs wordt in beginsel gewaarborgd door een *ex ante* rechterlijke controle. Men gaat na of (i) er voldoende bieders zijn – wat het geval zal zijn als meerdere advocaten de vordering hebben ingesteld –, (ii) de vordering voldoende identificeerbaar is om te verkopen en (iii) er geen andere bezwaren aanwezig zijn. Een correcte prijsvorming heeft een positieve invloed op de kwaliteit van de geschillenvoering van de koper: de persoon die de vordering het hoogst inschat, krijgt immers die vordering. Ten slotte heeft een betere *ex post* geschillenvoering een beter *ex ante* afschrikwekkend effect op het bestuur om zich onbehoorlijk te gedragen (J. R. MACEY en G.P. MILLER, “The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform”, *U.Chi. L. Rev.* 1991, 58).

Het veilingmodel is echter niet zonder *problemen*. Bestuurder-verweerders zouden nog steeds de prikkels hebben om lichtzinnige zaken (*striking suits*) te schikken: een schikking verkleint immers de kans op persoonlijke *out-of-pocket expenses* voor de (*outside*) bestuurders (R. ROMANO, “The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?”, *J. Law Econ. Org.* 1991, 55; B. BLACK, B. CHEFFINS en M. KLAUSNER, “Liability Risk for Outside Directors: A cross-Border Analysis”, *European Financial Management* 2005, 153; M. KLAUSNER, *Are Securities Class Actions ‘Supplemental’ to SEC Enforcement? An Empirical Analysis*, 2010). Daarnaast zijn er een aantal problemen met de prijsvorming. Zo zal in veel gevallen het correct identificeren van de vordering moeilijk zijn, wat een negatief effect heeft op de prijs die de (risico-averse) kopers zullen bieden. Tevens kunnen bieders via collusie de prijs laag houden (zoals kartelvorming de prijzen hoog kunnen houden). Aansprakelijkheidsvorderingen die veel geld waard zijn, kosten bovendien *ipso facto* veel geld voor de kopers. Het aantal potentiële kopers die voldoende kapitaalkrachtig zijn, kan in dat geval (te) klein zijn; hoe kleiner de vraag naar een product (de vordering), hoe lager de prijs. Sommige vorderingen kunnen zelfs te groot en risicovol zijn om überhaupt een koper te vinden: de bestuurders gaan in dat geval vrijuit. Ten slotte rijst de vraag hoe een aansprakelijkheidsvordering die een niet-geldelijke vergoeding beoogt, gewaardeerd en geveild zou moeten worden (R. ROMANO, “The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?”, *J. Law Econ. Org.* 1991, 55; J.C. COFFEE, “Understanding the Plaintiff’s Attorney. The Implications for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions”, *Colum. L. Rev.* 1986, 86; J.C. COFFEE, “The Unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor of Shareholder Litigation”, *Law & Contemp. Probs.* 1985, 48).

Besluit

De huidige remuneratieregelgeving van de advocaat heeft in beginsel geen invloed op het instellen van de *actio mandati* of minderheidsvordering door de aandeelhouders. Zodra de cliënt de advocaat benadert, heeft de advocaat die per uur betaald wordt echter perverse prikkels om gebruik te maken van dure en lange procedures (in de plaats van goedkopere en kortere alternatieven). Bepaalde marktmechanismen komen evenwel gedeeltelijk tegemoet aan die perverse prikkels.

De praktijk in de Verenigde Staten toont aan dat de prikkels anders kunnen liggen: het *nu cure, no pay* systeem evenals het veilingmodel zijn daar voorbeelden van. Hoewel beide systemen ervoor zorgen dat bepaalde actoren (zoals advocaten) ageren

als private toezichthouders, wat tegemoetkomt aan het *collective action*probleem van de aandeelhouders, creëren beide systemen hun eigen problemen.

Het huidig Belgisch verbod op *pactum de quota litis* (artikel 446terGer.W.) – hoewel verre van absoluut – evenals het “mislukt” proefproject in Nederland bij letselschadezaken (zie [hier](#)) toont alvast aan dat er weinig *animo* is om de remuneratieregelgeving van de advocaat fundamenteel te veranderen. De vaststellingen omtrent de invloed van de remuneratieregelgeving op de prikkels van de advocaat, en voornamelijk de bijbehorende problemen, zullen alvast weinig tot niets veranderen aan die geringe *animo*.

Frederik De Leo

Doctoraatsbursaal

Instituut voor Handels- en Insolventierecht (KU Leuven)